

ARTICULAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO DE INFRA-ESTRUTURA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

BOLÍVAR MOURA ROCHA¹

Introdução

A supressão de monopólios estatais e o processo de desestatização têm resultado na retração do Estado brasileiro como prestador de serviços públicos de infra-estrutura, acompanhada da instalação de órgãos reguladores e fiscalizadores dos respectivos setores - até o presente, Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

O presente artigo discute a articulação institucional entre as novas agências reguladoras e os órgãos da administração responsáveis pela defesa da concorrência. A discussão é empreendida em três partes. A primeira aponta a relevância e complexidade da relação entre regulação setorial e defesa da concorrência. A segunda descreve de forma concisa o tratamento que dão à questão Reino Unido, França e Estados Unidos. A terceira descreve a forma como é delineada, na legislação brasileira, a relação entre os órgãos de defesa da concorrência e as agências reguladoras, e sugere modelo de articulação entre ambos.

Regulação e defesa da concorrência

A complexidade subjacente ao relacionamento entre sistemas de defesa da concorrência e órgãos reguladores encerra dilema entre dois imperativos. Por um lado, o de assegurar uma aplicação uniforme e sistêmica do direito e das políticas concorrenciais no País como um todo. Com efeito, caso fosse conferida a cada agência reguladora a atribuição de conceber e aplicar políticas de concorrência no respectivo setor, haveria risco de fragmentação e desvirtuamento da política de concorrência no País. O outro imperativo é o de atribuir a um órgão dotado de capacitação técnica apropriada o tratamento de problemas que com frequência envolvem questões de grande especificidade e tecnicidade. Esse primeiro dilema comporta outro, consistente no risco de

¹ Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, advogado (Universidade de São Paulo, 1985), Doutor em Ciências Políticas (Universidade de Genebra, 1994).

serem criados *conflitos de competência*, positivos ou negativos - ou seja, situações em que duas autoridades entendem ter competência para tratar determinado assunto; ou em que ambas entendem ser desprovidas dessa competência. Ambas, situações indesejáveis.

Exemplos hipotéticos permitem ilustrar situações de conflito de competência. A lei que criou a ANP determinou que a Petróleo Brasileiros S.A (Petrobrás), empresa que exercia sozinha o monopólio da União no setor de petróleo, constitua subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo e derivados.² É possível imaginar situações em que essa nova empresa, deliberada ou inadvertidamente, adote decisões que tenham por efeito beneficiar determinada distribuidora de combustíveis, em detrimento das demais - por exemplo, no tocante a alocação de espaço de armazenagem, ou a prioridade no transporte de combustíveis. No setor de telecomunicações, no esteio do processo de privatização, determinada empresa poderá ao mesmo tempo deter o monopólio da condição de *carrier* interurbano e internacional, e a condição de titular de participação acionária, ou controle, em operadora de telefonia fixa local. É possível que essa empresa hipotética sintá-se tentada a praticar tarifas diferenciadas de interconexão, de forma a favorecer a operadora na qual detenha participação acionária. No setor elétrico, por fim, será preciso vigilância para assegurar a observância dos limites de concentração, definidos pela ANEEL, aplicáveis aos setores de geração e distribuição. Nas três situações hipotéticas, alguma autoridade deverá intervir para evitar o dano à concorrência. Resta saber quem deverá fazê-lo - se a respectiva agência reguladora, ou algum dos órgãos de defesa da concorrência.

É intuitivo que há dificuldade em conciliar os imperativos de uniformidade na aplicação de políticas concorrenciais, por um lado, e por outro lado o de reservar a órgão tecnicamente mais bem aparelhado a tarefa de fiscalizar o respectivo setor. Se essa dificuldade existe e é ressentida em outros países³, no Brasil ela é acentuada por duas peculiaridades adicionais. A primeira, o fato de que entre nós encontra-se em fase de definição a articulação institucional no seio mesmo do chamado sistema de defesa da concorrência, que envolve três atores.⁴ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, órgão colegiado que constitui a instância decisória do sistema. A Secretaria de Direito Econômico

2 Artigo 65 da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997.

3 Jean-Louis Lesquins, *Tutelle et Régulation*, Revue de la Concurrence n. 95 (janeiro-fevereiro de 1997), p. 8-13, à p. 10

4 Para os efeitos da presente discussão, será adotada a divisão básica do trabalho de defesa da concorrência, entre controle de estruturas de mercado, através da apreciação de atos de concentração entre empresas; e controle de condutas, ou práticas, anticoncorrenciais.

(SDE), do mesmo Ministério, que conduz a instrução e investigação de processos em matéria concorrencial, e emite parecer sobre aspectos jurídicos de atos de concentração. E a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEA-E), do Ministério da Fazenda, que pronuncia-se sobre aspectos econômicos de atos de concentração sujeitos, nos termos da lei, à apreciação da administração, e que tem a faculdade de emitir opinião, também relativa a aspectos econômicos, sobre processos administrativos relativos a condutas anticoncorrenciais, instaurados pela SDE.⁵ Esse sistema encontra-se ainda em fase de consolidação. Em razão de uma conjugação de fatores inibidores - economia fechada à concorrência estrangeira, inflação elevada, forte intervenção do Estado na economia, existência de mecanismos de controle de preços - a defesa da concorrência não era, até recentemente, tarefa plenamente exequível no Brasil. A mudança radical dessas circunstâncias permitiu, e passou a exigir, que a tarefa da defesa da concorrência seja empreendida de forma vigorosa. Restam entretanto por definir, com maior concretude e clareza, se não as atribuições legais - que se encontram claramente delineadas na lei - do CADE e das duas secretarias da administração direta que integram o sistema, ao menos o relacionamento informal entre esses órgãos, e as modalidades de colaboração e coordenação entre eles. É óbvio que a definição dessa articulação no seio do sistema de defesa da concorrência tem repercussões no tocante ao diálogo desse sistema com os órgãos reguladores setoriais.

A segunda peculiaridade a agregar complexidade ao relacionamento entre regulação setorial da infra-estrutura e defesa da concorrência, diz respeito ao fato de que no Brasil a necessidade de definir essa articulação ocorre ao mesmo tempo em que têm lugar mudanças estruturais nos setores de infra-estrutura. Essa simultaneidade de processos ocorre com efeito nas três áreas reguladas. No setor de energia elétrica, onde deverá ser implantado novo modelo econômico e comercial, e onde já está em curso a desestatização nos segmentos de geração e distribuição, nos âmbitos federal e estadual.⁶ No setor de telecomunicações, onde encontra-se igualmente delineado o processo de privatização, e onde já vêm sendo outorgadas concessões para a exploração de serviços de telefonia celular. No setor de petróleo e derivados onde, nos termos da lei, a concorrência será instaurada, tendo como agente a ANP, nos segmentos de exploração, produção, refino e comercialização.

5 O desenho institucional da administração pública brasileira relativo à tarefa de defesa da concorrência é dado pela principal lei relativa à matéria - a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

6 O novo modelo é resultado da adoção, com adaptações, de sugestões feitas por consultoria internacional contratada pelo Ministério de Minas e Energia, e encontra-se delineado na Medida Provisória 1.531-16, de 5 de março de 1998.

Definições adotadas no contexto desse processo de modelagem dos setores de infra-estrutura terão importância inequívoca na definição do quadro concorrencial nos respectivos setores. O desenho da articulação institucional entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência deverá portanto desenrolar-se nesse contexto dinâmico, o que só agrega complexidade à tarefa.

A extensão e dificuldade dessa tarefa de articulação serão função igualmente, é preciso registrar, da medida em que a legislação que trata de cada setor contemple e resolva, de partida, situações que envolvem questões concorrenciais. Conforme descrito abaixo, a lei que institui a ANATEL trata com minúcia questões que dizem respeito a aspectos concorrenciais, diferentemente do que fazem as leis relativas à ANP e à ANEEL - e, neste sentido, dá margem mais reduzida ao surgimento de conflitos que envolvam a defesa da concorrência. Não basta, entretanto, deter-se na análise da legislação ordinária. Terão também papel determinante as normas editadas pelas novas agências reguladoras, no exercício do poder normativo de que são dotadas, em maior ou menor extensão. Essas normas secundárias serão determinantes do espaço de relacionamento entre as respectivas agências e o sistema de defesa da concorrência, e darão a medida da necessidade de atuação desse sistema.⁷

Experiências estrangeiras

A relação entre regulação setorial e defesa da concorrência desenvolveu-se, como é natural, de forma diferenciada nos diversos países. Apesar da existência de problemas comuns, as diferenças de tratamento são explicadas por um conjunto de particularidades. Questões relativas à estrutura federativa, que explicam uma maior complexidade derivada da existência de órgãos reguladores nos entes federados. Desenvolvimentos históricos que levaram o Poder Legislativo, não satisfeito com a supervisão de determinada atividade, a criar órgão regulador com poderes específicos. A rápida evolução tecnológica e o avanço do processo de privatização a exigir especialização e agilidade do órgão regulador.

A descrição a seguir empreendida ressalta, com relação ao relacionamento entre reguladores setoriais e autoridades de defesa da concorrência em

⁷ Exemplo relevante de resolução de situações que podem envolver conflito de natureza concorrencial é dado pela regulação, pela ANEEL, dos limites de concentração nos setores de geração, transmissão e distribuição, através da Resolução 94, de 30 de março de 1998, expedida com fundamento no artigo 3o., inciso VIII da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1997. De forma semelhante, a regulação, pela ANATEL, de questões relativas a interconexão resolverá problemas que surgem com grande frequência no setor de telecomunicações.

três países - Reino Unido, França e Estados Unidos - características que apresentam relevância para a discussão da questão no caso brasileiro.⁸

No Reino Unido a criação dos órgãos reguladores ocorreu através das leis que determinaram a privatização dos respectivos setores: *Oftel*, para telecomunicações, em 1983, *Ofgas*, para o setor de gás natural, em 1986, *Offer*, para o setor de energia elétrica, em 1989, e *OFFR*, para o setor de estradas de ferro, em 1993.⁹ De maneira geral, a principal atribuição dos reguladores setoriais é de monitorar o cumprimento das condições constantes nos contratos de concessão nas respectivas áreas. Muitas das questões relacionadas à concorrência são objeto de condições inscritas nos contratos de concessão. Quanto à atuação em matéria de assuntos concorrenciais, os órgãos reguladores têm competência concorrente com aquelas do *Office of Fair Trading* (OFT), órgão de defesa da concorrência e dos direitos do consumidor situado no Ministério da Indústria e Comércio. Para evitar duplicação de tarefas e decisões divergentes, os órgãos reguladores e o Ministério da Indústria e Comércio celebram *concordats*, ou convênios, o que permite que o OFT concentre-se nas questões concorrenciais, e órgão regulador específico nas questões propriamente regulatórias do setor.

A *Monopolies and Merger Commission* (MMC), comissão dotada de função consultiva em matéria concorrencial, tem por outro lado atribuições específicas no que diz respeito ao relacionamento com os reguladores setoriais. As legislações que criaram os órgãos reguladores prevêm que a MMC opinará nos casos em que o regulador setorial quiser impor uma modificação aos termos de determinado contrato de concessão, e encontrar resistência por parte do concessionário.¹⁰

Na França, a primeira agência reguladora do setor de infra-estrutura foi a Autoridade de Regulação das Telecomunicações, ou ART, criada em 1.01.1997, através de legislação que tem o objetivo mais amplo de instaurar

8 A descrição de aspectos institucionais dos sistemas britânico, francês e americano, aqui empreendida, tem por base visitas feitas pelo autor aos respectivos órgãos, e entendimentos com funcionários dos países em questão.

9 Textos do Department of Trade and Industry: *Competition policy guide to the privatisation and regulation of public utilities*, e *The regulatory framework for the privatised utilities*; e Luc Poyer, *La régulation des entreprises de réseaux au Royaume-Uni*, *Revue de la Concurrence* n. 95 (janeiro-fevereiro 1997), p. 14-20.

10 A MMC tem igualmente papel no que diz respeito aos atos de concentração. No Reino Unido não há notificação obrigatória de atos de concentração. Entretanto, o Ministro de Indústria e Comércio pode submeter alguma fusão ou aquisição à MMC, embora mantenha o poder discricionário de aceitar ou não as sugestões da Comissão. A revisão do desenho institucional para a defesa da concorrência no Reino Unido encontra-se em discussão, no contexto de projeto de lei submetido pelo Executivo ao Parlamento.

um ambiente concorrencial no setor, dominado pela *France Télécom*.¹¹ Na área de defesa da concorrência convivem na França, por um lado, uma Direção Geral, ou Secretaria, no seio do Ministério das Finanças, responsável também pela defesa do consumidor e fraudes financeiras. E por outro lado o Conselho da Concorrência, órgão autônomo adjudicante, na esfera administrativa, das práticas anticoncorrenciais, e desprovido de competência em matéria de controle de estruturas.

Para lidar com a questão da articulação entre a ART e os órgãos de defesa da concorrência, a lei adotou a solução de criar competências específicas para a agência, ao mesmo tempo em que criou uma sistemática de consultas recíprocas entre a agência e o Conselho da Concorrência. Assim, a ART tem competência exclusiva para decidir litígios relativos a questões de interconexão e de acesso a redes, questões relativas a contratos de fornecimentos de serviços de telecomunicações que devam usar a rede da France Télécom, e sobre condições de utilização compartilhada de instalações de domínio público. Ainda assim, a ART deverá necessariamente consultar o Conselho da Concorrência quando tiver que aplicar as noções de *mercado relevante*, *posição dominante* e *influência significativa sobre o mercado*, para evitar interpretações divergentes.

Com relação a qualquer outro tipo de litígio, a lei dá à ART uma missão de conciliação, sem afastar as competências dos órgãos de defesa da concorrência. A lei determina ainda que a ART dê ciência ao Conselho de qualquer prática que represente abuso de posição dominante, ou outra prática anticoncorrencial, de que venha a ter notícia. No sentido inverso, a lei prevê que o Conselho consulte a ART sobre qualquer prática sobre a qual venha a decidir, relativa ao setor de telecomunicações.

Nos Estados Unidos, é extremamente complexa a teia que caracteriza o relacionamento entre reguladores setoriais, a nível federal e estadual, e os principais órgãos de defesa da concorrência - a saber, o Ministério de Justiça, através de sua Divisão Antitruste, e a Comissão Federal de Comércio.¹² Ao longo do tempo as cortes americanas desenvolveram a doutrina do *pervasive power*, segundo a qual a competência das autoridades concorrenciais estará afastada sempre que a lei houver conferido ao órgão regulador setorial poderes de tal forma extensos ou profundos, com relação às atividades regulamentadas, que tornem forçoso reconhecer que o legislador desejou que a cargo

11 Ver a respeito Pierre Jaillard, *Télécommunications et Régulation*. *Revue de la Concurrence* n. 95 (janeiro-fevereiro, 1997), p. 5-7.

12 Sobre questões relativas ao relacionamento entre regulação setorial e defesa da concorrência nos Estados Unidos, ver ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* (4th ed. 1997), e Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial - as Estruturas* - São Paulo, Malheiros Editores, 1998, 359p.; em particular, p. 201-205.

dela, agência reguladora, estivesse também a aplicação das normas em matéria de defesa da concorrência.

Se essa é a situação descrita em linhas gerais, a casuística é complexa e fragmentada, e tanto mais assim em razão do ativo papel exercido pelo Poder Judiciário, e pela existência de órgãos reguladores nos estados federados.

Na área de *telecomunicações*, a regulação da indústria é desde 1934 sujeita à competência da *Federal Communications Commission* (FCC). O Congresso americano aprovou em 1996 legislação destinada a aprofundar o já aguçado quadro concorrencial existente no setor. Nem essa lei, nem a legislação anterior que disciplinava o setor, prevêm competência exclusiva da parte da FCC para decidir casos em matéria concorrencial. Sem embargo, a *Federal Trade Commission* e o Departamento de Justiça, assim como o Judiciário quando provocado pelo Executivo, com frequência abstiveram-se de analisar algum assunto que estivesse pendente de decisão pela FCC.

As áreas de distribuição de combustíveis, e de energia elétrica, no Brasil sujeitas respectivamente à competência da ANP e da ANEEL, estão reagrupadas sob a jurisdição de uma única agência responsável de forma geral pelo setor de energia, a *Federal Energy Regulatory Commission*, ou FERC, criada em 1977. As questões potencialmente problemáticas do ponto de vista concorrencial são objeto de normas expedidas pela agência, situação que seguramente será repetida no Brasil. Curiosamente, tanto a FERC quanto os órgãos encarregados da defesa da concorrência têm competência para apreciar atos de concentração nos setores de energia elétrica. Consta que a despeito dessa existência de competências concorrentes não são frequentes os casos de decisões divergentes. O potencial de divergência foi um pouco minimizado pelo fato de que a FERC adotou as diretrizes comuns da FTC e do DOJ em matéria de atos de concentração.

O caso brasileiro

No Brasil, as três agências pioneiras de regulação do setor de infraestrutura - ANEEL, ANATEL, e ANP, responsáveis respectivamente pelos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo - foram criadas na esteira da entrada em vigor da lei que disciplina o instrumento por excelência da prestação de serviços públicos pela iniciativa privada - qual seja, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como lei de concessões. A ANATEL e a ANP, em particular, foram criadas como desdobramento da reforma da ordem econômica da Constituição Federal, a qual removeu óbices à participação do setor privado na exploração da atividade econômica nos respectivos setores.

As três agências já criadas por lei têm características básicas em comum. Autonomia, traduzida na existência de diretorias com mandatos fixos, e previsão quanto a fonte de recursos. Algum grau de poder normativo, mais extenso e inequívoco no caso da ANATEL, mais tímido e indireto no caso da ANP, com a ANEEL em posição intermediária; incluindo algum poder para definir questões tarifárias, questão central em se tratando de indústrias de rede. Competência para licitar e fiscalizar as atividades nas respectivas áreas, e em particular para monitorar o cumprimento dos contratos de concessão, e intervir em casos de descumprimento de obrigações.

Registradas as características comuns, é útil sublinhar, com relação ao relacionamento entre essas agências e o sistema de defesa da concorrência, que é dispare o grau de detalhamento das respectivas legislações.¹³

A lei de instituição da ANEEL¹⁴, em seu artigo 3º, encarrega a agência de “estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si”¹⁵; bem como de “zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, na forma a ser estabelecida em regulamento”¹⁶. O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que no exercício dessas competências, “a ANEEL deverá articular-se com a SDE”.¹⁷ O Decreto que regulamenta a lei, por sua vez, prevê que “a ANEEL celebrará convênios de cooperação com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais.”¹⁸

A lei de instituição da ANP¹⁹, por sua vez, prevê no seu artigo 10 que “quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração de ordem econômica, deverá co-

13 O que reflete o processo de elaboração de cada uma dessas leis. A lei da ANATEL foi precedida do amplo trabalho de uma consultoria internacional, que levou em conta a experiência estrangeira. Não foi o caso da ANEEL, que foi a primeira das três a ser criada, nem tampouco da ANP.

14 Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

15 Lei 9.427/96, art. 3º., inciso VIII.

16 Lei 9.427/96, art. 3º., inciso X.

17 Esse parágrafo veio na verdade a ser inserido após a edição da Lei 9.427/96, por meio da Medida Provisória 1531-16, de 5 de março de 1998.

18 Parágrafo único do artigo 13 do Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997.

19 Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997.

municá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, para que este adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente”. O decreto de regulamentação da lei dispôs, por sua vez, que a ANP deverá “dar conhecimento ao CADE de fatos, no âmbito da indústria do petróleo, que configurem infração da ordem econômica”.²⁰

A lei de criação da ANATEL²¹, por fim, é mais minuciosa que as demais. O *caput* de seu artigo 7º dispõe que as normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com aquela lei. O parágrafo primeiro desse artigo determina que os atos envolvendo qualquer prestadora de serviço de telecomunicações que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. O parágrafo segundo do mesmo artigo determina que os atos de que trata o parágrafo anterior - portanto, tendentes a concentração econômica - serão submetidos pela ANATEL à apreciação do CADE. Por fim, o artigo 19 da lei prevê que cabe à ANATEL “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE”.²²

Esse quadro legal comporta quatro observações.

Com relação ao setor de telecomunicações, o legislador deixou à nova agência uma dupla tarefa. Em primeiro lugar, quanto a condutas anticoncorrenciais, a tarefa de investigação e julgamento preliminar das infrações à ordem econômica, que no sistema da Lei 8884/94 cabe à SDE, com o eventual auxílio da SEAE. A lei encarregou o CADE, por outro lado, do controle das condutas em grau de recurso - ou seja, da decisão da ANATEL de arquivamento ou não do processo em matéria de prática anticoncorrencial. Em segundo lugar, a lei atribuiu à ANATEL o controle, em caráter originário, das estruturas de mercado - ou seja, de atos de concentração. Nessas hipóteses, à agência caberá o papel que, nos termos da Lei 8884/94, cabe à SDE e à SEAE - ou seja, de instrução prévia da decisão do CADE. Curiosamente, ao mesmo

20 Art. 4o., inciso XVI, do Decreto 2.455, de 14 de janeiro de 1998.

21 Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações.

22 O Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprovou o regulamento da ANATEL, não é mais específico que a própria lei no tocante às atribuições da agência em matéria de defesa da concorrência, ou à sua relação com os órgãos de defesa da concorrência. O artigo 16, inciso XX, do decreto atribui à agência competência para “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE”. Seu artigo 18 dispõe que “no exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei 8.884/94, cabendo ao Conselho Diretor [da Agência] a adoção das medidas por ela reguladas”.

tempo em que a lei preservou, expressamente, a tarefa do CADE de juiz dos atos de concentração, ela conferiu à ANATEL, também expressamente, a competência para aprovar previamente qualquer ato de cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital ou transferência do controle acionário de empresa sujeita à jurisdição da agência; e também para aprovar acordos operacionais entre empresas. As outras duas leis, relativas à ANP e à ANEEL, não dão a essas agências poderes em matéria de controle de estrutura.

A segunda observação que se impõe: do dispositivo contido na lei da ANP que determina que a agência comunique ao CADE qualquer fato que possa configurar infração à ordem econômica, decorrem duas consequências. Primeiro, o dispositivo indica que a ANP *não* é competente para investigar e decidir sobre práticas anticoncorrenciais. Segundo, o dispositivo *não* deroga a Lei 8884/94 em matéria de controle de condutas. Em outras palavras, o dispositivo não tem o condão de afastar as competências da SDE e da SEAE. Até porque dessa interpretação resultaria um sistema desfalcado, na medida em que, nos termos da lei, ao CADE não cabe o papel instrutório. O que significa que, na prática, o CADE receberá a notícia da ANP, e acionará a SDE para que esta proceda à investigação. Quanto ao controle de estruturas, permanece intacto o sistema da Lei 8884/94, já que não é prevista nenhuma atribuição formal para a ANP.

Terceira observação. No caso da ANEEL, os dispositivos da lei e do decreto que a regulamenta são bastante genéricos, e reconhecem, apropriadamente, que a autoridade principal do sistema de defesa da concorrência em matéria de investigação de práticas anticoncorrenciais é a SDE. Quanto ao controle de estruturas, a exemplo do caso da ANP, permanece intacto o sistema da lei 8884, já que não é prevista nenhuma atribuição formal para a ANEEL.

A quarta observação muda o foco da análise, das agências, para o CADE. Ainda nos casos em que nenhuma parcela de controle formal de estrutura seja atribuída às agências - o que é o caso da ANP e da ANEEL - será útil ao CADE, na análise de determinado ato de concentração relativo ao respectivo setor, colher elementos técnicos junto a essas agências. Donde a utilidade de algum relacionamento com elas.

Essas observações levam à sugestão de um modelo de articulação entre as novas agências reguladoras do setor de infra-estrutura e os órgãos do sistema de defesa da concorrência, consistente em estrutura de convênios. Cada agência deveria celebrar dois convênios: um com o CADE, outro com as duas Secretarias - SDE e SEAE. O objeto desses convênios deverá variar caso a caso, conforme a seguinte descrição esquemática.

No caso da ANATEL, deveriam ser celebrados

- convênio com o CADE, para implementar aquilo que determina a lei *expressamente* no caso de controle de estrutura - ou seja, a agência instrui os assuntos, e o CADE decide; e *implicitamente* no caso de controle de condutas - ou seja, a agência investiga, e o CADE decide em grau de recurso;
- convênio com a SDE e a SEAE. Esse convênio teria utilidade, apesar de a lei prever expressamente que é a agência quem investigará condutas, por duas razões. Primeiro, porque é do interesse da agência contar com a colaboração e assessoria de quem tem a atribuição, no sistema legal de defesa da concorrência, de conduzir essa tarefa com relação à economia como um todo. Segundo, uma razão mais técnica. Embora a lei tenha dado à ANATEL a tarefa, ela não lhe deu poderes extensos de investigação - poderes que têm a SDE e a SEAE.

Nos casos da ANP e da ANEEL, deveria haver um padrão comum:

- convênio com SDE e SEAE, prevendo, de forma mais ou menos detalhada, que as agências comunicarão à SDE qualquer ato ou fato de que tenham notícia que possa constituir infração à ordem econômica. O convênio poderá prever, no sentido inverso, que a SDE consultará a agência respectiva, em busca de elementos técnicos, quando estiver conduzindo alguma investigação na respectiva área;
- convênio com o CADE, apesar de a lei não dar a essas agências nenhum poder em matéria de controle formal de estruturas. A razão consiste em que no exercício de sua tarefa de monitoramento dos respectivos mercados, e em particular dos contratos de concessão, as agências podem com frequência adotar medidas que tenham impacto sobre questões concorrenciais, o que é motivo para cercar-se de cuidados. Por exemplo, quando se pronunciarem sobre a transferência de determinado contrato de concessão, ou de sua prorrogação, hipóteses que as respectivas leis prevêm. Para o que poderão acionar o CADE, a quem a lei conferiu expressamente uma competência consultiva, raramente utilizada.²³

Conclusão

O padrão de relacionamento entre os novos órgãos reguladores e o sistema de defesa da concorrência é, por si só, questão cuja importância requer reflexão e ação cuidadosas. Importância acentuada pelo fato de que aquilo que vier a ser decidido com relação às agências já criadas constituirá baliza-

23 Artigo 7o., inciso XVII da Lei 8.884/94.

mento para os órgãos das demais áreas de infra-estrutura, que ainda surgirão - é o caso de saneamento básico, e de transportes. Além disso, o mesmo tipo de raciocínio é aplicável a outros setores regulados da economia, entre os quais o sistema financeiro, objeto da jurisdição do Banco Central do Brasil. Em economias de mercado mais maduras que o Brasil, regulação setorial e defesa da concorrência são tarefas mais antigas, mas nem por isso tem sido necessariamente bem resolvida a articulação entre ambas. Ao Brasil é dada a oportunidade de aprimorar a experiência estrangeira.